

Las competencias del Consejo de Estado y los criterios de inferencia de competencias necesarias de los Consejos consultivos autonómicos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS CRITERIOS DE INFERENCIA DE LAS COMPETENCIAS NECESARIAS DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS. III. RÉGIMEN GENERAL DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA. IV. ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS. V. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. VI. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. VII. REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS NULOS O ANULABLES. VIII. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

No puede decirse que sea un tema ignorado este de la ubicación de los órganos de la Administración consultiva en el Estado de pluralismo territorial. El debate, sobre todo al hilo de las funciones del Consejo de Estado, o de su «sustituibilidad» por sus hijuelas autonómicas, existe y se encuentra enteramente abierto. Y ello, pese a haber intervenido ya, diecinueve años después de la Constitución, todos los actores: legislador, jurisprudencia y doctrina. El artículo 149.1.18 del texto sigue sin estar íntegramente perfilado¹ y aunque ya sabemos que el artículo 107

¹ El artículo 149.1.18 reserva al Estado la competencia «exclusiva» sobre «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios

contiene no sólo una previsión organizativa para la Administración estatal, sino también una norma materialmente básica, lo cierto es que sus contornos objetivos continúan sin terminar de definirse.

El tema concreto que aquí nos concierne es ni más ni menos que el del régimen material de la función consultiva, o, si se quiere, de la Administración consultiva. Luego, una vez sentado ello, podrá pasarse a una segunda cosa, las alternativas organizativas. Dos de ellas saltan a la legua: o la «concentrada» —intervención universal del Consejo de Estado— o la desconcentrada —Consejos autonómicos, o bien lo que más ampliamente pudiésemos entender como «Comisiones consultivas territoriales»—, con competencias materialmente generales, aunque en el espacio, por barriadas; esto es, debiendo estar presentes también en los procedimientos administrativos locales de su ámbito.

El problema organizativo no es fácil, entre otras razones por la esencial heterogeneidad de las Comunidades Autónomas (no todas han creado su Consejo y no todos los Consejos son iguales). Pero lo que ahora nos ha de interesar es, insisto, lo otro, lo previo.

Pues bien, para construir ese «régimen material» se han de emplear elementos de muy variada procedencia. Y digamos que el empeño es también muy difícil, porque, como veremos, nos

que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas», así como sobre «el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas».

Aunque la referencia a la «garantía» es muy parcial, por conectarse sólo a la igualdad, y además se ubica en un lugar distinto y previo al que trata del procedimiento, el legislador y la jurisprudencia han vinculado ambas cosas. Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, artículo 12.1: «Será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas y a los Organismos que de ella dependan la legislación del Estado sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de aquéllas. Tales especialidades deberán ser aprobadas por Ley de la respectiva Comunidad Autónoma, *sin que en ningún caso puedan reducirse las garantías que establece la legislación estatal en favor del administrado*».

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas, habla de garantías *generales*: Al Estado, dice el Fundamento Jurídico 32, se le reserva la determinación de los «principios y normas» que hacen dos cosas: «por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración»; «por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento». Pero una y otra cosa —*iter* y garantías— no son disociables. Y una última puntualización: las «garantías» no serán sólo las sentadas en la Ley autodenominada formalmente como de procedimiento común. Pueden estar en otros lugares, como la misma LOCE.

En un trabajo muy anterior a la Constitución, F. GARRIDO FALLA había incluido expresamente a los «informes y dictámenes de organismos de carácter consultivo o asesor» dentro de los trámites de garantía. «Informes y dictámenes en el procedimiento administrativo», en *Documentación Administrativa*, núm. 140, 1971, pág. 11.

saldrán al paso problemas generales no bien resueltos, como el de las relaciones entre el reglamento y la ley, por no poner sino un ejemplo, o el de la ubicación de lo local en el nuevo orden administrativo.

Veamos lo que cada uno de los actores de la vida jurídica ha aportado positivamente, y también aquello otro acerca de lo cual, por desdicha —o porque no era posible otra cosa— ha preferido decir, me abstengo. Visitemos primero al legislador, luego al Tribunal Constitucional, tercero al Supremo y en fin a la doctrina científica.

1) Primero, pues, el legislador. El del Estado lo ha hecho sobre todo dos veces, en 1980 y en 1992.

Aunque parcialmente, el legislador (general) se ocupó del asunto ya en 1980, en la propia LOCE, cuando tan sólo se habían aprobado dos Estatutos de Autonomía y no estaba aún escrito que el régimen descentralizador fuera a generalizarse.

Así, y por una serie de razones que no se explicitaron, se singularizaron algunos procedimientos administrativos determinados con consulta preceptiva al Pleno (art. 21) o a la Comisión Permanente (art. 22). Y bien, por el párrafo segundo del artículo 23, «el Dictamen será preceptivo (para las Comunidades Autónomas) en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

Así pues, por previsión expresa del legislador (orgánico, además), era el Consejo de Estado y sólo él quien debería actuar si, por el proceso de transferencia de competencias materiales, la Administración activa ya no era la estatal y sí la autonómica. Sobre el inmenso mundo de las Corporaciones locales, la LOCE nada expreso indicó.

De los tales procedimientos «seleccionados», adelantemos que, por su mayor interés para nuestro tema, vamos a ocuparnos en este trabajo en concreto sólo de cuatro, a saber: elaboración de normas reglamentarias, responsabilidad patrimonial de la Administración, dinámica de los contratos administrativos y revisión de oficio de actos declarativos de derechos. Son cuatro casos en los que la intervención del Consejo aparece como especialmente oportuna. Entre otras razones por su habilidad para prevenir litigios, que será tanto mayor cuanto más autónomamente actúe (y por ende más sea reconocido por los ciudadanos como árbitro imparcial).

El artículo 22 menciona a esos cuatro supuestos así:

— «Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones» (apartado 3).

— «Reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado» (apartado 7).

— «Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado» (apartado 6).

— «Revisión de oficio de los actos administrativos en los supuestos previstos por las Leyes» (apartado 5).

Lo ha señalado la doctrina y, por singularizar a alguien, G. GARCÍA ÁLVAREZ: «Llaman la atención las continuas remisiones de la LOCE a su desarrollo mediante leyes ordinarias, por ejemplo en materia de contratos administrativos, responsabilidad o revisión de oficio; es destacable que la LOCE se limita a prever la existencia de dictámenes vinculantes, pero no se establece ni uno solo: un discutible cumplimiento de la reserva de Ley orgánica establecida en el artículo 107 de la Constitución»².

Así pues, dos elementos de duda, o de imprecisión, uno subjetivo y otro objetivo: el campo de la Administración local, por un lado y, por otro, el régimen concreto de la mayoría o incluso de todos los supuestos materiales en los que la consulta ha lugar.

El legislador (estatal) tuvo una segunda ocasión general para precisar el papel de la Administración consultiva en los diferentes procedimientos. Fue, como es notorio, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Una Ley que, pese a sus (mal llamadas) Disposiciones Adicionales, que más sustraen que añaden, tiene un ámbito universal de aplicación subjetiva (art. 2).

No es cuestión aquí, y sobre todo en estas líneas introductorias del trabajo, exponer la sistemática de una Ley que, ya desde su mismo rubro, trata dos materias que, si bien conexas, la tradición y el constituyente han querido divorciadas, como

² *Función consultiva y procedimiento (régimen general de los Dictámenes del Consejo de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 58. En otros lugares, el autor insiste en ideas parecidas. Así, en pág. 94 se alude a «la escasisima virtualidad de la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 107 de la Constitución», y ello «debido a la opción que tomó el legislador en 1980 de definir las competencias del Consejo de Estado sólo de forma lo suficientemente vaga y genérica para que fuese la legislación ordinaria la que debiese encargarse de ello». Y, ya de manera más descarnada, en pág. 196 se clama: «Lo cierto es que estamos ante la que probablemente es la reserva de ley orgánica más menospreciada del Derecho español.»

el procedimiento (el camino) y el régimen jurídico (las consecuencias, o, si se quiere, el premio a la Administración por haber seguido ese camino), por más que el Tribunal Constitucional las aborde por lo común conjuntamente. Baste decir que hay, sí, un Título VI («De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos»), aunque luego no aparece la palabra «procedimientos especiales» como eventual denominación del apartado siguiente. Responden, sin embargo, a esa noción material los contenidos de los Títulos que vienen a continuación: el VII («De las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales»), el IX («De la potestad sancionadora») y el X («De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio»). Para completar el panorama, digamos que, entre las partes subsistentes de la LPA de 1958, está precisamente la regulación de uno de los que allí se integraba como «procedimiento especial», el de elaboración de disposiciones de carácter general.

Pues bien, en la Ley 30/1992 las referencias relevantes son pocas: menos, sin duda, de las debidas, así en su número como en su contenido.

Dentro del Título VI, con las normas generales para todos los procedimientos, está el artículo 83, sobre los Informes, de los que se proclaman pocas cosas con el alcance general que sería propio de una «Ley común».

Así, la regla de que los informes serán facultativos y no vinculantes admite «disposición en contrario», con la única condición de que sea expresa. Pero no hay ningún límite formal (rango de la norma) ni material (listado de temas).

En cuanto a *plazos*, también la «Ley común» consiente ser astillada: cierto que «los informes serán evacuados en el plazo de diez días», pero más cierto aún que queda a salvo la posibilidad de que no ya cualquier disposición expresa sino incluso «el cumplimiento del resto de los plazos de procedimiento» sirvan para permitir o exigir «otro plazo mayor o menor».

Y, en fin, está el tema de los efectos del cumplimiento del plazo sin haberse emitido el Dictamen. El artículo 83.3 prescinde, en su diagnóstico, del problema del alcance del vicio y de su repercusión sobre el acto final. Lo único que le preocupa es otra cosa: el plazo máximo de resolución. Al respecto formula una división no explicada ni tampoco tradicional, al distinguir entre los «informes preceptivos que sean *determinantes* —?— para la resolución del procedimiento» y los que no. En este último caso

«se podrán proseguir las actuaciones cualesquiera que sea el carácter del informe solicitado»³.

La Ley, en su Título VI, y lo mismo en el correlativo de la Exposición de Motivos, no singulariza de manera alguna los trámites que ella misma entiende como «de garantía», o, si se quiere, «de garantía general». Algo que hubiera sido de agradecer.

Luego vienen los procedimientos *singulares* de los cuatro Títulos siguientes. En alguno de ellos, como el de la responsabilidad patrimonial, la intervención del Consejo de Estado es muy conocida y está incluso recogida en la Ley Orgánica. Pero la Ley 30/1992 nada dice ahí. Las únicas referencias a nuestro órgano están en cuanto tiene que ver con otra cosa, la revisión de oficio. Si se trata de actos nulos, la resolución «requiere dictamen previo —y favorable— del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere» (art. 102.2). Si anulables, la consulta no pasa de ser preceptiva (art. 103.1). En una palabra: hace falta Dictamen —la consulta es obligatoria— pero sólo eso. Y nada se exige al órgano autonómico para sustituir al Consejo de Estado (ni siquiera ha de ser un «órgano supremo»). Queda, en fin, sin resolver —en rigor, sin plantear— el problema de la Administración local, por más que la misma se incluye sin duda en el ámbito subjetivo de la Ley, como se sabe.

Hasta aquí, y en sus grandes líneas, el criterio del legislador estatal general. El sectorial, de contratos por ejemplo, también ha dicho cosas, que veremos luego. Pero con lo recogido tenemos bastante para afirmar una cosa: ni la LOCE ni la Ley 30/1992 son —o contienen dentro de sí— la «Ley de bases de régimen jurídico de la función consultiva» o la Ley reguladora del informe de los órganos consultivos como trámite del procedimiento administrativo común de las que habla, clamando por su venida, David V. BLANQUER CRIADO⁴.

³ Los exegetas de la Ley 30/1992 no han echado en falta en ella una mayor voluntad codificadora en la materia, sentando, por ejemplo, criterios para dar carácter preceptivo a la consulta, o bien teniendo más determinación a la hora de fijar un plazo general. Los comentarios suelen prescindir de la novedosa y hermética terminología legal —informes preceptivos determinantes para la resolución— para, por contra, recoger la doctrina del Tribunal Supremo, anterior a 1992, sobre los efectos de la falta del Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de reglamentos estatales o autonómicos. Así, F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1995, págs. 295 y 296. Otros autores empujaron el campo de lo «determinante» al hacerlo coincidir con lo «vinculante», o sea, con lo que de hecho es casi inexistente. A. FANLO LORAS, «Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción», en la obra colectiva, dirigida por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 241 y 242.

⁴ *Consejo de Estado y Autonomías*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 293 y siguientes. «Cualquiera

Si el legislador se ha quedado corto, veamos la jurisprudencia.

2) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional también ha venido ocupándose del tema: sus aportaciones son hoy de conocimiento obligado, aunque, como veremos, aún sigue habiendo muchos aspectos pendientes de aclaración. Tampoco aquí ha estado la solución definitiva.

Como valoración general, cualquier conocedor dirá que lo más importante ha estado en haber sentado la posibilidad (con muchas cautelas, no siempre recordadas) de sustituir al Consejo de Estado por órganos autonómicos. Pero, a mi juicio, junto a esa cuestión institucional hay otra funcional no menos relevante: y es que el Tribunal Constitucional, en sus ya bastantes años de actividad, ha ido cambiando la calificación dada a la intervención del Consejo de Estado, que de cometido consultivo —y nunca controlador— ha devenido otra cosa: tarea garantizadora. O, mejor, ha ido superponiendo los papeles. Es esa inclusión en las «garantías» lo capital ahora, porque es lo que permite incardinar la intervención del Consejo de Estado, o de quien haga sus veces, en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y en el procedimiento común. Dicho de otra manera: los órganos consultivos serán tanto más trascendentes cuanto más ejerzan cometidos «arbitrales» o, si se quiere, y como una ironía de la historia, cuanto más se parezcan a sus antecesores, cuando desempeñaban tareas jurisdiccionales. No en vano estamos en la «era de las neutralizaciones», proclive a santificar todo lo que huelga a imparcial.

Veamos la evolución del Tribunal Constitucional con detalle.

En un primer momento, dentro de las polémicas de unos poderes territoriales con otros, el sentido de esa jurisprudencia fue «proteger» la intervención preceptiva del Consejo de Estado en asuntos en los que la Administración activa no era, o no debía serlo siempre, la General. Así, para empezar, se sentó doctrina en abstracto ya en la Sentencia 4/1981, de 2 de febrero: lo único que repugnaría a la autonomía (de los entes locales) sería «un control de oportunidad de forma tal que la toma de la decisión viniera a compartirse por otra Administración», de suerte que, cuando la intervención es sólo de legalidad y además no vinculante, nada de ilícito habría. Lo relevante sería pues la naturaleza de la función, no la inserción organizativa en uno u otro ente.

de esas opciones —puntualiza el autor— exigiría una paralela modificación de los Estatutos de Autonomía (para que estableciesen una previsión suficiente del órgano consultivo) y de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.»

Por eso, el que sería el artículo 25.6 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico («en todo caso, las sanciones disciplinarias que impliquen separación del servicio a funcionarios transferidos no podrán adoptarse sin el previo Dictamen del Consejo de Estado»), no se entendió colusorio con nada, por más que a la sazón la autonomía fuese de las cualitativamente superiores (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto) y que tal trámite no existiese para los servidores públicos que restaran en el Estado. Y es que el contenido del precepto «no supone una invasión en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, pues el hecho de que no se asigne un carácter vinculante al dictamen del Consejo de Estado revela la voluntad estatal de respetar en último término la potestad decisoria de la Comunidad en materia disciplinaria».

En ese primer momento, por tanto, lo importante era el Consejo de Estado y nada más que él, no la función consultiva en abstracto ni los órganos autonómicos parangonables a aquél. Y de esa primera jurisprudencia constitucional se desprende una idea: el legislador estatal puede introducir al Consejo de Estado allí donde quiera, o incluso prever su presencia en cualquier procedimiento de cualquier Administración. La tal «omnipresencia» carece de límites (al menos, expresos) derivados del Estado de pluralismo territorial, y ello por una razón: ser sólo un órgano consultivo, que no decide, que en ese sentido no «controla». Esa perspectiva funcional del órgano es la única relevante para el Tribunal. Otras maneras de acercarse al tema, como la visión del propio Consejo en cuanto órgano de control, o su intervención en cuanto garantía para el ciudadano, están del todo ausentes. En un caso, negando positivamente tal manera de ver las cosas. Y en otro, omitiendo pura y simplemente el análisis.

En síntesis, y como se diría unos años más tarde (Sentencia 56/1990, de 29 de marzo), «el Consejo de Estado, pose a la dicción literal del artículo 107 de la CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece». Y se insiste en que lo relevante es la naturaleza de la actividad: «un órgano consultivo», con «funciones consultivas».

Claro que la misma Sentencia de 29 de marzo de 1990 en seguida comienza a decir cosas que luego habrían de servir para preparar los cambios de doctrina. Y es que en el caso concreto enjuiciado, la LOPJ de 1985, no se analizaba tanto al Consejo como a sus miembros —los permanentes, en concreto—. De ahí que el Tribunal Constitucional, luego de haber dicho que el

ámbito de la función consultiva del Consejo puede extenderse a Administraciones distintas de la estatal, se cuida de precisar que no puede olvidarse otro tema: la composición del órgano y la «autonomía orgánica y funcional», como «garantía de objetividad e independencia».

En una palabra, que por tener cometidos sólo consultivos y estar constituido como lo está, el Consejo de Estado puede intervenir allí donde el legislador estatal lo diga, sin que la autonomía territorial padezca nada. Ningún reproche constitucional puede hacerse a la previsión del segundo párrafo del artículo 23 de la LOCE. Y tampoco lo habría si se fuese más allá, extendiendo la consulta (no vinculante) a otros procedimientos o incluso generalizándola. Como igualmente resultaría posible proclamar de manera abierta que, cuando la Administración activa es la local, la presencia del Consejo de Estado sería también necesaria. Y ello porque no es un órgano activo ni tampoco, en sentido propio, de control. Donde no hay jerarquía ni decisión última, no hay propiamente Estado, según la concepción del Tribunal.

En 1992, con la célebre Sentencia 204 de ese año (del mismo día, por cierto, que la Ley de procedimiento), el Tribunal Constitucional cambia su enfoque: entonces, el foco va a ponerse en otro lugar, en el componente de garantía (para el ciudadano) que presenta la intervención del Consejo de Estado. Para ese momento ya se habían construido órganos consultivos autonómicos y, quizá por eso, empezó a pensarse en la posibilidad de que la Administración activa territorial los situase en el lugar del Consejo de Estado.

El tema concreto era el Reglamento del Juego del Bingo aprobado por el Consejo de la Generalidad Valenciana. La gestación de las normas está regulada, aún hoy, como «procedimiento administrativo especial», y, aunque la LPA de 1958 no menciona al Consejo de Estado (sí, en el art. 130.1, a la Secretaría General Técnica), la LOCE, en el artículo 22.3, sí que exige Dictamen de la Comisión Permanente para los «reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones». Pues bien, según el (nada explícito en su motivación) Fundamento Jurídico 6, tal previsión forma parte («sin duda») «de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común». Y ello, según se dice antes, porque la dicha intervención supone «una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y

legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo». Nada menos.

Eso es lo más importante de la Sentencia: el Consejo de Estado ya no es primariamente un órgano consultivo y sí otra cosa, un prestador de garantías.

Muchas otras cosas pueden decirse de la Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre. Así, por poner las cosas otra vez en negativo, seguimos sin tener respuesta del Tribunal a las siguientes preguntas:

— ¿Cuáles son los otros procedimientos, de entre la lista de los artículos 21 y 22 de la LOCE, de los que son predicables tales rasgos? ¿En concreto, es igualmente insoslayable la garantía cuando se trata de revisar de oficio un acto, o de resolver sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial, o de pronunciarse en los casos legalmente previstos con ocasión de un contrato administrativo?

— ¿Cuál es el especial alcance de lo básico? ¿Sólo la intervención en sí misma del órgano consultivo? ¿O también otros extremos más pormenorizados, como la naturaleza de la consulta o incluso el plazo de emisión del Dictamen?

Junto a esas consideraciones por así decir materiales, la Sentencia se pronunció sobre el tema concreto de si el Consejo de Estado era «reemplazable» para las Administraciones autonómicas, y qué condiciones debía tener el órgano beneficiario de la sustitución. Se emplean al respecto cuatro expresiones distintas. El Fundamento 4 alude a «órganos consultivos *equivalentes* al Consejo de Estado». El 5 tiene en la cabeza a «un órgano *superior* consultivo autonómico de características *parecidas* al Consejo de Estado», y más adelante a «órganos consultivos propios de *las mismas* características y con *idénticas o semejantes* funciones». En fin, el Fundamento Jurídico 6 es el más exigente: el lugar del Consejo de Estado sólo puede ser ocupado «en tanto *semejantes* órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica»⁵.

⁵ El Tribunal Constitucional no ha enjuiciado todavía si, en concreto, los órganos consultivos autonómicos dan efectivamente la talla. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, al hilo de la regulación de revisión de oficio contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se expresa en términos muy duros, sólo con alguna salvedad concreta: «Esos *órganos consultivos*, a los que sólo se exige justamente esa nota de ser *consultivos*, sin otra garantía (la Ley, ejerciendo su competencia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», podía y debía haber incluido alguna garantía más exigente en cuanto a su estructura y contenido), no ofrecen frente al ciudadano, al menos *a priori*, ninguna garantía lejanamente comparable a la que el Consejo de Estado ha venido representando. Es cierto que en el caso catalán se ha conseguido

Hasta aquí, la doctrina del Tribunal Constitucional, de antes y de 1992. Esta última Sentencia es muy importante, no sólo en términos institucionales, sino también en cuanto inserta la LOCE, o al menos a algunas de las funciones allí mencionadas, dentro de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común⁶. Algo que la propia LOCE, nacida en un contexto muy anterior (con sólo dos Estatutos aprobados), no se había atrevido a hacer. Y no sólo eso: es sólo a partir de la Sentencia que las omisiones del legislador, en la Ley 30/1992, sobre el «régimen común» de los Dictámenes (naturaleza, plazos, efectos de la ausencia de emisión) saltan del todo a la vista⁷.

3) En tercer lugar, está el Tribunal Supremo. Sus criterios son, como siempre, muy valiosos, pero posiblemente a él menos que a nadie le sea exigible que terminen de precisar el régimen jurídico de nuestro asunto, supuestos los enormes boquetes que, aún hoy, siguen dejando el legislador estatal y la doctrina del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Supremo, a partir de 1987, ha sustentado sus ideas sobre todo al hilo de la elaboración de los Reglamentos autonómicos (dependientes quier de leyes estatales quier de leyes territoriales) y de la posibilidad, en ese procedimiento concreto,

configurar un órgano de alguna consistencia (*Commissió Jurídica Assessora*, aparte del *Consell Consultiu*, éste centrado en temas constitucionales), pero la experiencia común sobre el partidismo generalizado en todas las Comunidades Autónomas no permite ser demasiado optimista sobre cualquier mínima independencia de esos órganos de nueva planta respecto de los respectivos Ejecutivos, órganos con los que se ha consumado una sustitución tan espectacular del papel del Consejo de Estado». «Introducción» a la obra colectiva, dirigida por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, ya citada, págs. 18 y 19. BLANQUER participa del diagnóstico —no parangón— y no tiene inconveniente en llegar a las derivaciones: «La consecuencia práctica que se infiere de la argumentación aquí mantenida es que todas las decisiones adoptadas previo dictamen preceptivo de los órganos consultivos superiores de las Comunidades Autónomas son nulas de pleno derecho. El defectuoso ejercicio de la potestad autoorganizatoria ha sembrado el horizonte jurídico de actos, contratos y Reglamentos nulos de pleno derecho». *Consejo de Estado y autonomías*, cit., pág. 290.

⁶ La Sentencia corrige jurisprudencia anterior que había dejado al margen del «procedimiento común» los rubricados como «especiales» por la LPA de 1958 (Sentencia 15/1989, de 26 de enero, sobre la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios). La doctrina empeñecedora de lo común, al reducirlo a lo general, había sido muy criticada. F. LÓPEZ MENUDO, «Naturaleza y significación general de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 15, 1992. L. PAREJO ALFONSO también había advertido en contra de la identificación de lo «común» con lo «general», distinguiendo, dentro de lo primero, entre lo «común-global» y lo «común-sectorial». «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales», en el libro colectivo dirigido por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, cit., págs. 30 y 31.

⁷ La Sentencia mereció incluso comentarios monográficos. J. A. CARRILLO DONAIRE, «Las competencias consultivas del Consejo de Estado en relación a las Comunidades Autónomas. El fin de una larga controversia (Comentario a la STC 204/1992, de 26 de noviembre)», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 15, 1993.

de sustituir al Consejo de Estado cuando existe órgano consultivo autonómico. Por eso es mejor analizar el asunto cuando veamos ese tema en singular.

4) Y, en fin, luego está la doctrina, que en los últimos años ha ofrecido al menos tres frutos extraordinarios: dos ya citados —los libros de BLANQUER CRIADO y de GARCÍA ÁLVAREZ— y, cronológicamente entre ambos, el de C. RUIZ MIGUEL⁸. Aparte, claro es, de innumerables trabajos aparecidos en Revistas.

Quede así introducido nuestro tema. Y, de entre todos los materiales empleados, destaquemos la jurisprudencia constitucional y en concreto dos de sus rasgos: que este tipo de órganos no son «controladores» de autonomías, o, si lo son, resultan lícitos en cuanto indoloros; y que representan una «garantía importantísima», según palabras literales, dichas quizá sin conciencia de sus implicaciones cuantitativas y, por ende, estructurales.

A la vista de todo ello, la pregunta es una: ¿son las competencias del Consejo de Estado —todas ellas, o al menos las cuatro que, por su mayor universalidad, se han seleccionado— materialmente «básicas», en el sentido de que su establecimiento debe tenerse como una norma de procedimiento administrativo común, y por consiguiente aplicable a todas las Administraciones Públicas?; ¿o, por contra, esa «indisponibilidad» por las Comunidades Autónomas, del régimen jurídico de las consultas y dictámenes tiene límites, objetivos o de otro tipo?

Ése es nuestro tema. Las exigencias organizativas de los Consejos autonómicos, y el análisis de si en concreto las mismas se dan o no, es materia que queda ahora al margen, a reserva de lo muy concreto que más abajo se dirá.

II. LOS CRITERIOS DE INFERENCIA DE LAS COMPETENCIAS NECESARIAS DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS

La respuesta a nuestra pregunta estaría del todo clara sólo si el legislador estatal —el orgánico de la LOCE y el ordinario de la Ley 30/1992— hubiesen sido mucho más explícitos y también si el Tribunal Constitucional, *a posteriori*, hubiese revalidado su criterio. Entre tanto, nos vemos condenados a un trabajo más

⁸ Consejo de Estado y consejos consultivos autonómicos, Dykinson, Madrid, 1995.

Para BLANQUER, «cabe afirmar sin rubor que el Consejo de Estado está de moda». *Consejo de Estado y autonomías*, op. cit., pág. 15.

penoso, que ha de combinar elementos muy varios, y que además deja que desear desde el punto de vista de la seguridad y de la certeza.

Por muchos motivos. Primero, porque en tema de «Bases» no hay nada claro.

No es cuestión de exponer aquí el asunto, que, a la luz de la doctrina, ya tras más de quince años de labor, del Tribunal Constitucional, ha alcanzado un nivel metafísico casi hegeliano. Digamos, para resumir, que, en el inicio, se optó por la llamada «noción material» de las bases, de suerte que las Comunidades Autónomas podían anticiparse a deducirlas de la legislación estatal preexistente, aunque, en revancha, el Estado podía formalizarlas en normas de cualquier rango o incluso en simples actos administrativos. En 1988 el Tribunal Constitucional anunció que cambiaba de idea y que se iba más por lo formal, aunque las Sentencias 69 y 80 de ese año tampoco se olvidan de conceptos materiales (la famosa «inferencia natural»), lo que es tanto como decir que el Tribunal no renuncia a ningún poder: en concreto, no prescinde de la facultad de entender como no básicas normas legales ni, a la inversa, de la posibilidad, sobre todo en campos económicos, de juzgar básicas cosas de veste inferior.

Lo que ha venido después de 1988 ha sido un *mix* de criterios y, en definitiva, de casuismo. Por recoger doctrina reciente, fijémonos en las distintas contribuciones del libro colectivo *El funcionamiento del Estado Autonomico*. Para J. TORNOS, la doble naturaleza —formal y material— de las bases no implica una contradicción; más bien son dos elementos que responden a objetivos complementarios. En la misma obra, P. PÉREZ TREMPs ha intentado sistematizar los criterios de decisión, advirtiendo de su carácter relativo por muchas razones. Así, dejando al margen las singularidades de lo económico (y, dentro de ello, de lo crediticio), tendríamos, para lo que ahora nos afecta, lo siguiente:

— *A priori*, aquello que no tiene voluntad de estabilidad no es básico.

— Las bases sobre una materia no tienen por qué establecerse de forma unitaria, aunque es conveniente que, por regla general, se incluyan en un único bloque normativo.

— Aunque las bases pueden tener muy distintas estructuras jurídicas, habrá de convenirse en que lo «principal» es un campo abonado a ellas⁹.

⁹ J. TORNOS MAS, *La delimitación constitucional de las competencias. El principio de territorialidad y las competencias. Legislación básica, bases, legislación y ejecución*.

En nuestro caso el problema no es, principalmente al menos, el del carácter básico de normas infralegales, sino, al contrario, el de si todos los preceptos de la LOCE y de la Ley 30/1992 tienen materialmente aquel carácter. Y no sólo eso, sino otras dos cosas: a) lo que pudiésemos llamar la inconstitucionalidad del legislador del Estado por omisión, por no haber cubierto con su regulación todo el campo no ya posible sino debido —si las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» incluyen las garantías del ciudadano, han de ser completas: ahí la laguna no es una opción—; b) el alcance que el rubro «procedimiento administrativo común» una vez diseccionado del anterior, puede tener, como título más amplio y no ceñido a lo nuclear, para permitir al Estado ir incluso más lejos y llegar a no dejar nada al legislador autonómico.

Avancemos en concreto en nuestro asunto. Sabemos, y así lo dice al final la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1992, que la previsión de la intervención del órgano consultivo en la elaboración de reglamentos está entre las previsiones de la LOCE que forman parte de los títulos generales de competencia estatal del artículo 149.1.18 de la Constitución. Está ahí «sin duda», afirma apodópticamente el Fundamento Jurídico 6. Pero, ¿y los demás supuestos de consulta preceptiva, y en concreto los tres que hemos de ver ahora?

A mi entender, la respuesta ha de ser positiva, porque se cumple el requisito formal —rango— y porque la exigencia material no permite desconocer que el legislador estatal posee un amplio margen de discrecionalidad a la hora de las definiciones. Es más, si partimos de la naturaleza de «garantía» de la intervención del órgano consultivo, el reproche que puede merecer el legislador estatal es justo el inverso: haberse quedado corto, haber dejado boquetes.

Segundo elemento a considerar: ¿qué legislador estatal?: ¿el orgánico —por el art. 107 de la Constitución, al que dice obedecer la LOCE— o el ordinario, en desarrollo del artículo 149.1.18? Pocas veces como aquí la frontera entre uno y otro tipo de norma estatal aparece tan ardua. Tal vez la respuesta puede simplificarse diciendo que si el artículo 83 de la Ley 30/1992 tiene naturaleza sólo ordinaria, con igual razón

P. PÉREZ TREMP, *Legislación autonómica de desarrollo*.

El libro *El funcionamiento del Estado autonómico*, Ed. Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996, recoge los textos de un curso impartido en febrero y marzo de ese año.

Más tarde, y con pretensiones igualmente sistematizadoras, ha venido la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1996, de 11 de julio, acerca de un Real Decreto (del Estado, pues) sobre creación y reconocimiento de Universidades.

bastaría ese mismo calificativo para una regulación de la materia consultiva que tuviera una voluntad más sincera de ser una norma codificadora.

Tercer tema, poco tratado hasta ahora: la relación de los órganos consultivos, el estatal o los autonómicos, con las Corporaciones locales. Muy probablemente es frente a los Ayuntamientos, sobre todo si son pequeños, donde hoy existen, en los hechos, menores garantías de objetividad, y donde, por tanto, más campo hay para avanzar (y para deber hacerlo). La LOCE, en su célebre artículo 23, nada dice al respecto, aunque, de acuerdo con la doctrina constitucional (Sentencia 204/1992), la exclusión de cualquier Administración pública, sobre todo territorial, de estas garantías, debe reputarse ilícita, muy en singular cuando la potestad normativa de estas entidades (y su procedimiento de ejercicio fue lo analizado en aquel caso) se reconoce cada vez con más naturalidad¹⁰.

Una última cosa, antes de entrar en cada uno de los procedimientos concretos. Es un tema de los primariamente de organización, aunque irradia a todo. Para decirlo con pocas palabras: del Consejo de Estado es predicable lo que Jacobo I Estuardo decía de la monarquía, que tiene misterio, que el mismo no se puede positivizar mediante textos, y que ahí justo está su gracia. El cotejo de la institución con las nuevas figuras autonómicas es sencillamente imposible, porque son realidades heterogéneas. Del Consejo de Estado importa menos el cuerpo —la letra de la LOCE— que el alma —su historia, las personas de carne y hueso que han servido como Letrados—. Por eso el «mimetismo» aquí resulta particularmente (sólo) aparental. Y quizá también sea esa razón tan poco explicitada, y tan difícil de formalizar, la que explique la esquizofrenia de los partícipes en estos debates. Todos (o muchos) pensamos, verbigracia, que es excesiva la carga

¹⁰ Cosa distinta es —y por una vez hemos de descender a lo organizatorio— si la Administración consultiva que les debe corresponder es la estatal o la autonómica. BLANQUER CRIADO ve ahí precisamente el campo natural de los Consejos territoriales. Su existencia sería beneficiosa «si se aprovechara (...) para posibilitar a las Corporaciones Locales que eleven consultas facultativas (posibilidad excluida expresamente en el artículo 41.2 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía), o si se estableciera que es preceptiva la intervención de esos órganos autonómicos en el procedimiento de elaboración de las Ordenanzas locales, o finalmente si se ampliaran las garantías de los ciudadanos estableciéndose que la consulta a esos órganos es preceptiva en los expedientes relativos a reclamaciones de daños y perjuicios causados por las Corporaciones Locales». *Consejo de Estado y autonomías*, cit., págs. 22 y 23.

Muy anterior, aunque siempre interesante, J. AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, «Una aproximación a la redefinición de las relaciones Consejo de Estado-Corporaciones locales en el nuevo marco constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 105, 1984.

de papel que pesa sobre el Consejo, pero al mismo tiempo creemos que es un órgano desaprovechado.

Entremos ya en nuestro tema.

Lo primero que vamos a ver es el régimen general de la función consultiva: las peculiaridades procedimentales de este trámite de garantía y los efectos de su omisión. En esa materia, la normativa llama la atención precisamente por no existir: todo se fia a la jurisprudencia y al caso concreto.

Luego entraremos en cada uno de esos cuatro procedimientos seleccionados. Son materias en las que la función de garantía (individual y colectiva) de la Administración consultiva es particularmente relevante. Ahí sí que hay legislación, y legislación estatal: no tanto la LOCE, que es muy parca, sino la Ley 30/1992 y otras normas. El problema en este caso es otro. Primero, la dispersión de fuentes. Y segundo, el olvido, quizá por comodidad, de la vida local.

III. RÉGIMEN GENERAL DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

Lo primero a inferir, antes de entrar en las minucias de cada uno de los cuatro procedimientos seleccionados, es el régimen general de la función consultiva. Recogiendo la sistematización de BLANQUER CRIADO, el legislador estatal de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento común debería introducir un régimen mucho más completo que la esmirriada y raquítica versión actual del artículo 83. Un régimen que, una vez claras las materias, especialmente sensibles, en que la consulta proceda, se incluyan criterios positivos y claros sobre:

— Determinación de las materias en que el Dictamen —excepcionalmente— es vinculante o, al menos, más que meramente preceptivo ¹¹.

— Precisión de los casos en que el Dictamen no debe reducirse a expresar consideraciones de legalidad y por contra puede extenderse a observaciones de acierto y oportunidad.

— Plazo para la emisión y regulación de la posibilidad de seguir el procedimiento si el mismo ha transcurrido, puntos sobre

¹¹ Apenas habrá que aludir a la conocida categorización de J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, con su distinción entre Dictámenes vinculantes, semivinculantes (o habilitantes) y, en fin, los sólo dotados de una semivinculación formal. *Tratado de Derecho Administrativo*, II-2, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, págs. 676 y 677.

los que la LOCE nada dice y las previsiones de la Ley 30/1992 resultan de difícil aplicabilidad para el caso concreto.

— Efectos sobre el acto final del vicio consistente en la falta de consulta, y en concreto posibilidad de subsanación ¹².

Recordemos otra vez las palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 1992. La intervención del órgano consultivo es «una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo».

Si todo ello es así, convendremos en que, para dar cumplimiento cumplido, valga la redundancia, al artículo 149.1.18, el legislador estatal debe decir mucho más de lo que ha dicho. No debe seguir tan encogido.

Primera conclusión concreta: en nuestro caso, los criterios materiales tan caros al Tribunal Constitucional llevan a suspender al legislador, pero no por acción sino por omisión. Y apliquemos ese diagnóstico caso por caso, porque hay matices. A veces, la laguna se refiere a la Administración local. En otro caso, lo que se deja es un ramo de lo estatal.

IV. ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS

Comencemos por el procedimiento de elaboración de disposiciones. La LOCE se expresa en unos términos no precisos: cuándo las normas son «de carácter general» o no y cuándo se dictan «en ejecución de las Leyes y cuándo no» son polaridades nada claras. Diríase que al legislador le gusta promover pleitos ¹³.

Como es sabido, y ya se ha notado más arriba, en julio de 1997, siguen rigiendo aquí, como supervivencia de la LPA de 1958, las normas que regulan este procedimiento especial. Un auténtico «milagro de la conservación», de los que asombraron a Darwin en su viaje por las Islas Galápagos, por más que el Tribunal Supremo haya tenido que asumir una función material-

¹² De nuevo aquí nos encontramos con los clásicos. Sigue siendo de cita obligada R. LUCIFREDI, «Inammissibilità di un esercizio *ex post* della funzione consultiva», en el *Libro de homenaje a G. Vachelli*, Società Editrice Vita e Pensiero, Milán, 1938.

¹³ Sobre uno y otro concepto existen pronunciamientos jurisprudenciales para todos los gustos. Por ceñirnos a dos obras doctrinales de la última década, especialmente felices en la labor de recopilación y crítica, J. M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991. También, con incidencia más especial en ese precepto de la LOCE, R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Civitas, Madrid, 1992.

mente legislativa al enfrentarse con preceptos que aún hoy hablan, verbigracia, de algo tan matusalénico como la Organización Sindical¹⁴. Con todo, recordemos que la LPA tampoco menciona al Consejo de Estado en este punto.

Puede decirse que, desde el punto de vista jurisprudencial, éste ha sido el tema estrella de la última década. Aunque sólo parcialmente, en cuanto referente a si los reglamentos «generales» de las Comunidades Autónomas debían contar con Dictamen del Consejo de Estado (o del órgano territorial consultivo) y si al respecto de la atribución del poder a una u otra instancia es o no relevante el carácter de la Ley «ejecutada».

Habrà que recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1987 —Aranzadi 7.394—, primera que, ante el asombro general, anuló un Reglamento de Comunidad Autónoma por haberse omitido la preceptiva consulta al Consejo de Estado. O, por supuestísimo, la tantas veces citada Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1996: lo «absoluto» es la intervención de un órgano que se parezca al Consejo de Estado; lo, por el contrario, relativo y disponible por el legislador autonómico es la creación o no de ese órgano.

Pero el problema no está hoy ahí, supuestos los pronunciamientos jurisprudenciales (facilitados, todo hay que decirlo, por el tenor literal del párrafo segundo del art. 23 de la LOCE), sino en otros lugares: en las demás entidades dotadas de autonomía, así territorial como no. El legislador ha sido muy errático al respecto, aunque la tendencia general ha estado en excluir la consulta preceptiva de los órganos que ahora nos conciernen. El temor a la sobrecarga de papel parece haber terminado siendo lo decisivo.

Empecemos por el régimen local, y en singular por la Ley de Bases de 2 de abril de 1985. Su artículo 49 regula el procedimiento de la elaboración de las Ordenanzas locales, en el que se preven tres fases, a saber:

- a) Aprobación inicial por el Pleno.
- b) Información pública y audiencia a los *interesados* —?— por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- c) Resolución de las mismas y aprobación definitiva por el Pleno.

¹⁴ Sigue siendo de referencia obligada la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1986 —Aranzadi 1675 del año siguiente.

Luego está el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, con el Texto Refundido, donde sí que encontramos una alusión, muy parcial, a nuestro tema. El artículo 75, dentro del Capítulo sobre Bienes, tiene por objeto el aprovechamiento y disfrute de los comunales. Pues bien, allí, al final, se habla de unas *Ordenanzas especiales*, «aprobadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo dictamen del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquélla, si existiere, o, en otro caso, del Consejo de Estado».

Cronológicamente, fue ésa la primera vez en que el legislador estatal se hizo eco de la existencia de esos órganos y de la posibilidad de reemplazar al Consejo de Estado (con el precedente, siempre dentro del régimen local, del art. 13 de la Ley de Bases, al que luego haremos una pequeña y superficial mención). Y otra cosa: se ordenan las Administraciones provinciales y municipales dentro del campo de cobertura de los Consejos autonómicos.

A. EMBID IRUJO ha hablado —es todo un titular— de «la judicialización casi general del control sobre el ejercicio de la potestad normativa municipal», bien que advirtiendo que el Tribunal Constitucional hubiese dado por buenas otras posibilidades¹⁵.

Las otras autonomías tienen un alcance menos general, en cuanto se predicán de entes no territoriales. No está prevista la intervención de ningún órgano consultivo:

- Ni para los Estatutos universitarios (art. 12 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria).
- Ni para las disposiciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 15 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).
- Ni para las Circulares del Banco de España —a veces llamadas «monetarias»— (art. 3 de la Ley 13/1994, de Autonomía)¹⁶.

Concluyamos. La Sentencia del Tribunal 204 /1992, de 26 de noviembre, que versaba precisamente sobre el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria (de una Comunidad

¹⁵ «Ordenanzas y reglamentos municipales» dentro de la obra colectiva, dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*, I, Civitas, Madrid, 1988, pág. 407.

¹⁶ El reconocimiento del poder normativo de una institución como el Banco de España, no ya distinta del Gobierno y de sus miembros sino formalmente independiente, ha costado trabajo a la doctrina española. Quizá sea por eso que otros temas, en apariencia menores, como este del procedimiento de elaboración, no hayan merecido interés. Por todos, y para citar sólo bibliografía posterior a la Ley de Autonomía, L. A. POMED SÁNCHEZ, *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 337 y siguientes.

Autónoma) entendía la intervención del órgano consultivo como, según palabras que ya conocemos, «una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo», de suerte que estamos ante una exigencia materialmente básica y justificada por algo tan alto como la igualdad de trato. Si ello es así, sólo consideraciones de orden cuantitativo y práctico se oponen a la generalización de la presencia de estos órganos durante la elaboración de las normas de todos los entes con poder para ello, y muy en singular de las Corporaciones locales. El legislador no lo ha querido así, al menos explícitamente, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo tampoco ha dado por el momento la voz de alarma. Pero ahí está un vastísimo campo para los sustos. Y en el segundo punto a considerar nos vamos a encontrar con lo mismo.

V. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Tres cosas deben decirse aquí de entrada.

Primero, que el artículo 149.1.18 dedica una atención específica a la materia. Es competencia exclusiva del Estado «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas», y debe pensarse que en el tal sistema está también lo procedimental.

Segundo, que estamos ante la materia que más carga de trabajo genera. «Mientras el Tribunal Supremo conoce un asunto de responsabilidad del Estado, la Comisión Permanente del Consejo de Estado conoce cuarenta y tres»¹⁷.

Y tercero, que el sentido de la consulta es la garantía del reclamante, o, si se quiere, la prevención de litigios.

Vayamos ya a las normas procedimentales. La LPA de 1958 no regulaba este asunto dentro de los «procedimientos especiales». La Ley 30/1992 ignora esas palabras, como sabemos, pero tiene un Título, el X, con el rubro «De la responsabilidad de las Administraciones Públicas, y de sus autoridades y demás personal

¹⁷ H. PÉREZ BOLAÑOS, «El Consejo de Estado en la responsabilidad de la Administración del Estado», en el volumen colectivo *El Gobierno y la Administración en la Constitución*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1980.

David B. BLANQUER CRIADO ofrece datos más actualizados: en el año 1993, el parecer del Consejo de Estado fue recabado en 1.688 expedientes, y de ellos 454 versaban sobre responsabilidad de la Administración (y otros más de 200 sobre responsabilidades patrimoniales de los otros dos poderes). O sea, casi la mitad del total del trabajo del Consejo. *Consejo de Estado y autonomías*, cit., pág. 266.

a su servicio». Ahí está el artículo 142 («Procedimientos de responsabilidad patrimonial») y también el artículo 143 («Procedimiento abreviado»), en los que sin embargo no hay la más mínima mención a este trámite.

Es directamente el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento procedimental específico, el que desarrolla la LOCE. El artículo 8 prevé la posibilidad de llegar a un «acuerdo indemnizatorio» en todo momento; el artículo 10 regula con carácter general la emisión de informes; y, por el artículo 11, se abre un trámite de audiencia al interesado tras la instrucción del procedimiento «e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución».

Pues bien, el artículo 12 («Dictamen») dice así:

«1. Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. A este efecto, remitirá al órgano competente para recabarlo todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 13 de este Reglamento o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.

2. Se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El dictamen se emitirá en un plazo máximo de dos meses.»

En las normas que se ocupan del procedimiento abreviado está el artículo 16, que también alude a nuestro tema («concluido el trámite de audiencia, en el plazo de cinco días el órgano instructor propondrá, cuando proceda, que se solicite dictamen preceptivo en los términos previstos en el artículo 12 de este Reglamento. El dictamen deberá ser emitido en el plazo de diez días») ¹⁸.

¹⁸ Sobre este tema específico, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Notas sobre el procedimiento abreviado en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 81, 1994.

El gran tema aquí es, una vez más, la exclusión del mundo local. Desde el punto de vista legislativo, el único enganche es la LOCE, que con carácter general no menciona, como bien nos consta, a esas Administraciones. Se dirá que sí lo hace la Ley 30/1992 en el artículo 2 («Ámbito de aplicación»), pero lo cierto es que, según se ha dicho, luego los artículos 142 y 143 no exigen la intervención del Consejo de Estado ni de ningún otro órgano consultivo.

Ahora bien, si vamos a lo institucional, y al artículo 149.1.18 de la Constitución, nos encontramos con la misma respuesta de la vez anterior: ninguna razón objetiva justifica la diferencia de trato. A no ser que entendamos por tal razón la misma de la vez anterior: la sobrecarga de trabajo.

Tal vez fuera ésa la causa última del Dictamen del Consejo de Estado de 11 de febrero de 1993, sobre el que luego sería el Real Decreto 429/1993:

«Desde la indicada inteligencia de los aludidos incisos, que es la que infiere el Consejo de Estado del análisis de los mencionados artículos, en concordancia con los preceptos citados de la Ley Orgánica del Consejo de Estado y de la Ley del Procedo Autonómico, no estarían sujetas al dictamen preceptivo estudiado, la Administración Local (y además otros supuestos que no es menester recordar ahora), aunque no desconoce el Consejo de Estado que, a tenor del artículo 134.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa, existirían argumentos de pura literalidad en favor de la tesis de la consulta también preceptiva para las Administraciones Locales. Aún podría añadirse, desde una perspectiva de mayor alcance, que el propósito constitucionalmente plasmado en el artículo 149.1.18.º de un sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, así como también, en otra sede distinta de la constitucional, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y la función de garantía que los órganos consultivos cumplen, podría apoyar la tesis de la extensión a la Administración Local de la preceptividad del dictamen del órgano consultivo. Ciertamente es que el artículo 54 citado remite, en materia de responsabilidad patrimonial, a la legislación general. Sin embargo, ni de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (en los términos antes estudiados) ni de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la que se regula el régimen de responsabilidad patrimonial, puede inferirse la preceptividad de tal dictamen para la Administración Local, por lo que su introducción por vía reglamentaria podría afectar a la delimitación de competencias del Consejo de Estado.»

Las razones en pro de que haya algún tipo de selección, de filtro, son, con toda probabilidad, dignas de atención. Pero el criterio diseccionador empleado, en base sólo a la autoría del daño, no es feliz. Tal vez fuera más correcto que la normativa estatal introdujera criterios cuantitativos —lo que está por contra hoy vedado a las normas autonómicas— o ciñera la consulta a los casos de oposición: en tales aspectos, lo administrativo tiene aún mucho que aprender del orden procesal civil, donde la cuantía del asunto es la que gobierna el grado de complejidad de los trámites¹⁹. Si el legislador no resuelve el problema con una perspectiva general, puede ser el Tribunal Supremo, amigo de que los temas le lleguen cribados, quien un día comience a echar en falta el trámite cuando la Administración lesionadora —y luego demandada— sea la local.

VI. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La LOCE, en el artículo 22 apartado 6, clama por la intervención de la Comisión Permanente en los expedientes de tres momentos distintos de la dinámica contractual —nulidad, interpretación y resolución—, aunque sólo si da una condición: que se haya formulado oposición por el contratista o, aunque no, que lo prevea la normativa sobre contratos.

También en esta materia el artículo 149.1.18 de la Constitución ofrece pie propio, aunque menos amplio que en el caso anterior: compete al Estado la «legislación *básica* sobre contratos y concesiones administrativas».

Y asimismo aquí el sentido garantista de la intervención es claro. Los actos administrativos sobre nulidad, interpretación y resolución del contrato son cuerpos extraños, en cuanto elementos unilaterales, en la relación jurídica contractual. Por eso han de contrapesarse específicamente, y por eso también la LOCE sólo entiende inexcusable la intervención del Consejo de Estado cuando haya contradicción.

Y otra cosa: no es casual que el contencioso contractual sea tan escaso. Los empresarios están frente a la Administración (su mejor cliente, en muchas ocasiones) en una verdadera relación

¹⁹ «En mi opinión, debería reflexionarse sobre la oportunidad de modificar la Ley Orgánica del Consejo de Estado y la Ley 30/1992, para que el Consejo de Estado sólo dictaminara cuando la propuesta sea desestimatoria, o cuando siendo estimatoria, su cuantía sea superior a un millón de pesetas». David V. BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado y autonomías*, cit., pág. 279.

de sujeción especial, en el sentido sociológico del término. Es humano que, antes de ir al juez, se lo piensen dos veces ²⁰.

La consecuencia es también idéntica a la de otras ocasiones, en el sentido de postularse la intervención universal del órgano consultivo sin que sean lícitas las discriminaciones en favor de la Administración Local.

La LCAP de 1995 define en el artículo 1 su ámbito de aplicación subjetiva. Aunque el tema mayor ahí estuvo en otro punto —las Administraciones no territoriales y la huida al orden jurídico privado—, en lo que nos concierne el texto es inequívoco: todas las Administraciones Públicas lo son a los efectos de la Ley, por más que, según la Disposición Final Primera, no todo sea igualmente básico ²¹.

En los tres momentos que selecciona la LOCE, la LCAP no amplía los supuestos materiales de intervención del órgano consultivo, que siguen exigiendo la oposición del contratista, como reitera con carácter general el artículo 60.3.a). «Será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva», son las palabras textuales al respecto.

Más específicamente podemos señalar que:

a) En materia de resolución hay dos menciones singulares:

— En el artículo 55.3, para cuando la causa sea la no formalización de un contrato en el plazo y ello resulte imputable al contratista. Ha de mediar en el procedimiento (siempre que se haya formulado oposición, se insiste) «el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva». Este artículo 55.3 no aparece entre los «degradados» por la Disposición Final Primera, lo que es coherente con su condición de garantía y por tanto de «Base».

— En el artículo 97, que se ocupa de qué pasa cuando el motivo concreto de la resolución sea la demora del empresario

²⁰ «La competencia netamente administrativa más tradicional del Consejo de Estado es la relativa a los contratos. Recogida ya en la Ley de 1904, con la que surge el Consejo como órgano administrativo y ya no jurisdiccional, se mantiene en la Ley de 1944 en términos bastante similares a los actuales». Y también se dice: «Los dictámenes del Consejo de Estado en materia contractual, que han de relacionarse con todo el sistema de controles internos que rodean la contratación administrativa, es la competencia del Consejo de Estado que entre los años cuarenta y los setenta dio lugar al índice más alto de litigiosidad. La importancia tradicional de estos cometidos del Consejo de Estado se ve realizada por la insuficiencia del control jurisdiccional sobre la contratación pública.» G. GARCÍA ÁLVAREZ, *Función consultiva y procedimiento (Régimen de los Dictámenes del Consejo de Estado)*, cit., págs. 69 y 70.

²¹ Sobre ese punto, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la LCAP», incluido en el libro coordinado por B. PENDAS GARCÍA, *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, sobre todo págs. 241 y siguientes.

en la prestación de sus obligaciones contractuales. También aquí la previsión es tenida como básica por el legislador²².

b) Por lo que concierne a *nulidades*, el esquema de la LCAP es algo más complejo. Con un rótulo general diferente («De la invalidez de los contratos»), distingue según que la fuente del vicio sea de Derecho administrativo (nulidad: art. 63, o anulabilidad: art. 64) o de Derecho civil (art. 67). Pero tales diferencias, por la rama ordinamental o en un segundo momento por la gravedad del pecado, son irrelevantes a efectos procedimentales. El artículo 65.1 prescribe que «la declaración de nulidad de los contratos (...) podrá ser acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, previo dictamen *favorable* del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva». Dictamen, pues, por una vez, no sólo preceptivo. Tarea casi arbitral²³.

La LCAP sí ha ido más lejos que la LOCE en otro punto: los momentos en que se requiere la intervención del órgano consultivo.

Una primera ocasión es cuando se modifica el contrato. Es el artículo 60.3.b), según el cual la oposición del contratista no es relevante, aunque, en revancha, se introduce otro criterio selectivo, el cuantitativo, así absoluto como relativo: el contrato ha de tener un monto igual o superior a un millardo de pesetas y la modificación o modificaciones han de superar, en conjunto, el 20 por 100 de la cuantía²⁴.

Y luego está la otra fase, muy previa a la existencia misma del contrato y por ende del contratista: la elaboración de pliegos de cláusulas administrativas generales. El artículo 49.3 dice así:

«En los mismos términos, las Comunidades Autónomas y las entidades que integren la Administración Local aprobarán, en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, siendo,

²² Acerca de la resolución de los contratos pueden verse los diferentes trabajos aparecidos al hilo de la LCAP. Por todos, A. SÁNCHEZ BLANCO, *La extinción de los contratos públicos*, cit., págs. 572 y siguientes.

También hay referencias, desde la perspectiva específica que ahora nos concierne, en G. GARCÍA ÁLVAREZ, *Función consultiva y procedimiento (Régimen de los Dictámenes del Consejo de Estado)*, cit., págs. 73 y siguientes.

²³ F. SÁINZ MORENO, «Invalidez de los contratos de la Administración», en el libro colectivo *Derecho de los contratos públicos*, cit., pág. 472.

También, F. SOSA WÄGNER, L. TOLIVAR SALAS, T. QUINTANA LÓPEZ, M. FUERTES LÓPEZ y R. SÁNCHEZ MARÍN, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 1995, págs. 91 a 93.

²⁴ La modificación es estudiada por F. SAINZ MORENO dentro de su trabajo general sobre «Prerrogativas de la Administración en la contratación administrativa», en el libro colectivo *Derecho de los contratos públicos*, cit., págs. 442 y siguientes (sobre todo, 448 y 449).

asimismo, preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiera.»

Esta norma —todo el art. 49— no es básico. Ningún reproche puede derivarse al respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992: al elaborarse en abstracto los pliegos, aún no hay propiamente derechos e intereses de terceros concretos en juego ²⁵.

VII. REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS NULOS O ANULABLES

Y llegamos así al cuarto y último bloque de temas: la revisión de oficio de los actos administrativos por razones de legalidad. También aquí el ordenamiento estatal se queda corto a la hora de dotar a las «garantías» de todo su contenido constitucionalmente exigible, pero ahora el hueco es otro: no el de la Administración local sino el de un sector de la estatal: la Hacienda Pública, nada menos.

Los datos históricos son importantes y resultan conocidos. La LPA de 1958, para la revocación de actos declarativos de derechos, requería Dictamen *favorable* del Consejo de Estado, así fuera el vicio de nulidad absoluta (art. 109) o sólo de infracción manifiesta de una norma legal (art. 110.2), Claro que la LPA fue extrañamente respetuosa con el pluralismo territorial (una adelantada de su tiempo, puede decirse) y, en los términos de su artículo 1.4, para los Entes locales sólo tenía valor supletorio. Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo zanjó la controversia: provincias y municipios podían, sí, revocar sus actos, pero con la misma exigencia de contar con el apoyo del Consejo de Estado. Más tarde, el artículo 53 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 dio su respaldo a la unificación normativa: «Sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de esta Ley, las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común».

²⁵ Sin perjuicio de que luego el contenido de los Pliegos se integren en la «ley del contrato», como recuerda M. FERNÁNDEZ FONTECHA, «Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas. Perfección y formalización. Actuaciones preparatorias y tramitación de expedientes», también en el libro *Derecho de los contratos públicos*, cit., págs. 391 y siguientes.

Es este el único caso en que la Ley 30/1992 menciona por su nombre y apellidos al Consejo de Estado, en los artículos 102 y 103, lo que no significa que la nueva regulación haya merecido elogios. Primero, por razones de fondo: el Dictamen se deprecia cuando el vicio no es de nulidad de pleno derecho. Y segundo, por equipararse al Consejo de Estado a los «órganos consultivos de las Comunidades Autónomas», sin mayores exigencias.

La Ley 30/1992 es aplicable sin duda a las Corporaciones locales, por más que no sea explícita, como se notó más arriba, a la hora de decir qué órgano consultivo (el estatal o el autonómico) es el que debe intervenir para cubrir esa garantía material ²⁶.

Aquí el problema está en la Ley General Tributaria. Para actos nulos de pleno derecho, el Consejo de Estado ha de intervenir, aunque la consulta es sólo preceptiva (art. 153). Para infracciones manifiestas de preceptos legales, ni eso (art. 154).

¿Se justifica esa diferencia de régimen, esa merma de garantías, en un ámbito tan sensible para el Estado de Derecho como es la fiscal?

Es difícil responder positivamente. La Ley 30/1992, en su Disposición Adicional Sexta, «sustraer» —que es lo contrario de adicionar— a los «procedimientos administrativos en materia tributaria» del campo de lo común. Y, específicamente, indica que «la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma». L. PAREJO ALFONSO ha juzgado con dureza a este y a los demás «agujeros negros» de la Ley, que con toda probabilidad son inconstitucionales ²⁷.

VIII. RECAPITULACIÓN

El recorrido pudiera seguir. Podríamos detenernos en otros supuestos de consulta preceptiva previstos en la propia LOCE (en materia de desarrollo de normas europeas, por ejemplo) o

²⁶ Para David V. BLANQUER CRIADO, debe ser sin duda el Consejo de Estado («no tiene debate posible»), siendo concluyente al efecto el tenor literal del artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. *Consejo de Estado y autonomías*, cit., págs. 241 y 242.

²⁷ Las Disposiciones Adicionales «suponen un importante desfallecimiento del sistema, cuando no una verdadera anulación del mismo». *Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, cit., pág. 31.

en otros lugares. Así, alternación de términos municipales²⁸ o régimen de zonas verdes y espacios libres²⁹. O el tema general de la conexión del tradicional papel arbitral del Consejo de Estado —por referencia a la Hacienda Pública— con la figura, aún muy borrosa, abierta por el artículo 88 de la misma Ley 30/1992³⁰.

Pero no es cuestión de agotar la materia. Basta con el recorrido hecho por aquellos temas en los que la intervención de la Administración consultiva tiene de manera más nítida un contenido garantizador.

Ahora lo tenemos claro: el legislador estatal se ha quedado muy corto; el mandato del artículo 149.1.18 de la Constitución le exige mucho más, así en lo referente al régimen general de la función consultiva como a la hora de decretar la sujeción universal de las Administraciones a estos trámites. La Sentencia 204/1992 no puede ser más centralista, al menos en lo normativo.

La Ley de 26 de noviembre de 1992, del mismo día casualmente, nació corta. Tal vez con buena fe, se centró en luchar contra un único enemigo (la exasperante tardanza de la Administración) y en ello empeñó demasiado. Las «garantías» de que simultáneamente estaba hablando el Tribunal Constitucional estaban siendo incluso denostadas por el legislador, con unas palabras, por cierto («las técnicas burocráticas formalistas supuestamente garantistas han caducado, por más que a algunos les parezcan inamovibles») que, sin que nadie se ofenda, hubieran podido ser de E. FORSTHOFF (*Grundrechte geboren der Geschichte an*). Sin exagerar.

En definitiva: la inferencia de los criterios materiales de la función consultiva para todas las Administraciones no exige aquí una labor de «depuración» de los contenidos legislativos estatales. Justo a la recíproca: esos contenidos lo que están pidiendo es una labor aditiva, de despliegue subjetivo y material, de extensión, en una palabra. Y sobre todo hacia el campo de lo local, donde, desde 1981, el mismo Tribunal Constitucional viene diciendo —sin que el legislador estatal le quiera oír— que este tipo de trámites no suponen un control lesivo para con la autonomía.

²⁸ R. BARRANCO VELA, *Creación y segregación de municipios*, Marcial Pons, Madrid, 1993, en especial págs. 273 y siguientes, al hilo del artículo 13 de la Ley de Bases.

²⁹ Artículo 129 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. El informe —favorable— ha de ser del Consejo de Estado «órgano autonómico (ni tan siquiera ha de ser consultivo) que corresponda».

³⁰ F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Madrid, 1993.

Por supuesto que todo ello tiene importantísimas implicaciones estructurales, y que la proliferación de cualesquiera órganos debe ser pensada. Será por eso que, habiendo pasado más de cuatro años desde la Sentencia de noviembre de 1992, el legislador estatal, orgánico u ordinario, sigue sin atreverse a ser más locuaz.

